

---

## Cartel, ilegalidade *per se* e ônus da prova: breves considerações

---

Roberto Domingos Taufick<sup>1</sup>

A terminologia do Direito da Concorrência é, ainda hoje, de domínio de uma pequena parcela de estudiosos interessados em entrelaçar conhecimentos jurídicos e econômicos em prol da manutenção do ambiente economicamente saudável que a “mão invisível do mercado” é incapaz de por si só modelar.

Os ilícitos concorrenciais são essencialmente divididos entre aqueles de natureza estrutural e os de natureza comportamental (condutas). Genericamente, o controle de estruturas volta-se para atos que impliquem concentração de poder de mercado, o que ocorre quando dois ou mais agentes se juntam para a consecução de um fim comum. Essa união pode ter natureza física (como nos casos de fusões e incorporações) ou meramente pragmática/finalística (como nas clássicas *joint ventures*). Com relação às condutas, o controle volta-se contra práticas que tenham por fim ou que possam produzir efeitos anticoncorrenciais.

A diferenciação entre condutas e estruturas não é meramente acadêmica. A prática tem demonstrado que os atos de natureza estrutural, embora possam ensejar a diminuição da concorrência, podem levar a eficiências que superem os benefícios trazidos por aquela – decorrentes, em especial, de ganhos de escala e de investimento maciço em tecnologia.

Costuma-se reputar às condutas tratamento diverso, tendo-se em vista inexistirem aparentes benefícios que possam redundar de conduta lesiva à concorrência. As raras justificativas aceitas são, antes, verdadeiras excludentes de ilicitude, porque não trazem eficiências que superem os benefícios trazidos pela concorrência. São, ao revés, situações emergenciais nas quais a conduta é a única medida plausível face a eminente desintegração do sistema concorrencial. Trata-se, nesses casos, de inexistência de conduta diversa e não de eficiência a ser premiada.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela USP, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, é atualmente Assessor de Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos T. Delorme Prado no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. E-mail: roberto.taufick@cade.gov.br.

Por expressa determinação legal (art. 54 da Lei n.º 8.884/94 – Lei Antitruste brasileira), os atos de concentração devem ser analisados sob a égide da regra da razão (*rule of reason*), ou seja, deve-se verificar: (1) se estão aptos a limitar ou prejudicar a livre concorrência (sem referida potencialidade ter-se-ia aquilo a que o Direito denomina “crime impossível”), (2) se podem resultar na dominação de mercados relevantes (do que decorre a necessidade de delimitar os mercados relevantes em termos geográficos e de produto e verificar a existência de poder de mercado) ou se, (3) observado qualquer desses requisitos, há justificativas que afastem a ilegalidade. Sem tais requisitos, ter-se-ia aquilo a que se tem denominado ilegalidade *per se*, porque decorre meramente do ato ou conduta, independentemente de seus efeitos ou justificativas.

A ilegalidade *per se* é inadmissível no Direito Antitruste. A mais evidente afronta à concorrência demanda, ao menos, a existência de poder de mercado por parte do agente econômico. A verificação da presença de posição dominante é *conditio sine qua non* (requisito imprescindível) para determinar se houve ou não afronta à concorrência.

É essencial termos em mente que a concorrência não é um bem em si mesmo, haja vista que a ausência da concorrência é, por vezes, necessária para o mais eficiente funcionamento de determinada atividade econômica. Onde essa exceção não se aplica, o afastamento ou decréscimo da concorrência por meios que não o crescimento interno da empresa são, como regra, condenáveis.

Observe-se que, primeiramente, é necessário que haja a efetiva possibilidade de a conduta analisada vir a ferir a concorrência, sem o que se configuraria crime impossível. Nesses termos, o ilícito *per se* clássico já é afastado, porquanto a mais simples condenação depende, ao menos, de uma mínima análise de mercado, definindo sua dimensões geográfica e em termos de produto. Nesses termos, não há nítida separação entre a denominada regra *per se* e a regra da razão, uma vez que considerável análise sobre as condições do mercado costuma ser necessária para a aplicação daquela. Conforme bem expressou o Ministro Souter da Suprema Corte norte-americana, no *leading case* (precedente judicial) *California Dental Association v. Federal Trade Commission*,

*[W]e have recognized, for example, that “there is often no bright line separating per se from Rule of Reason analysis,” since “considerable inquiry into market conditions” may be required before the application of any so-called per se condemnation is justified.*

Essa análise pode vir a ser substituída pela prova inconteste de que o ato sob análise já apresentou manifesta implicação anticoncorrencial – im-

plicação essa que tem o condão de provar a existência de poder de mercado, sem o qual ela não existiria. A constatação da ilegalidade pela análise sumária (*quick look*) – nome que preferimos ao termo ilegalidade *per se*, em razão de sua maior precisão terminológica – depende, portanto, da comprovação da ocorrência de manifesto dano à concorrência. É evidente, diga-se, que a constatação da ilegalidade pela análise sumária não afasta a necessidade de comprovação do poder de mercado – ao revés, reforça-a pelo mister de que se comprove dano à concorrência, o qual tão-somente se efetiva caso o agente detenha referido poder de mercado (o qual, nesse caso, portanto, é presumido). O que caracteriza a análise sumária não é a dispensa do poder de mercado, mas a imediata constatação do dano e do subsequente poder de mercado, a qual permite a célere condenação do cartel.

A denominada regra *per se* tem sido comum e inadequadamente invocada em casos de cartel. O cartel, embora tipicamente caracterizado como ilícito de conduta, é igualmente ato de concentração – devendo, como tal, ser submetido à regra da razão que permeia o art. 54 da Lei nº 8.884/94. Diferentemente da concorrência desleal, portanto, o cartel é crime formal e não de mera conduta, exigindo-se, para sua consumação, que os resultados sejam factíveis, ou seja, que haja a potencialidade do dano. A não ser que se faça uma confusão entre os institutos, a reprovação de trustes e cartéis é pautada pelo potencial ofensivo à concorrência, e não pelo desrespeito ao comportamento ético entre concorrentes, matéria para o crime de mera conduta. Em suma, entre os atos de concentração – entre os quais se inserem os cartéis –, o bem maior é a concorrência e, mediatemente, o bem-estar do consumidor. Na concorrência desleal, o bem a ser resguardado é a ética entre concorrentes e, mediatemente, o próprio empresário. Daí o cartel delituoso demandar poder de mercado, sendo esse prescindível em matéria de concorrência desleal.

A condenação do cartel, além de demandar posição dominante, depende da inexistência de uma virtude redentora (*redeeming virtue*) que justifique ser a concorrência menos relevante que a manutenção daquela prática ou que demonstre que sua consecução seja condição necessária para a criação de ambiente concorrencial. A apresentação da virtude redentora, contudo, cabe às empresas cartelizadas, haja vista que a comprovação do cartel inverte o ônus probatório. Com relação aos casos em que a cartelização é essencial para a criação de ambiente concorrencial, é paradigmático o voto do Ministro Stevens da Suprema Corte norte-americana, no precedente *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of University of Oklahoma*:

*This decision is not based on a lack of judicial experience with this type of*

*arrangement, on the fact that the NCAA is organized as a nonprofit entity, or on our respect for the NCAA's historic role in the preservation and encouragement of intercollegiate amateur athletics. Rather, what is critical is that this case involves an industry in which horizontal restraints on competition are essential if the product is to be available at all.*

Constatada a subsunção do cartel às regras do art. 54 da Lei Antitruste, justifica-se a sua apresentação ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) nos termos preconizados no *caput* desse artigo? A resposta deve ser positiva, sem exceções. Em se sabendo do hercúleo trabalho em que consiste a condenação de cartéis, a submissão voluntária do cartel ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, seja ele recente ou não, deve obstar a instauração de processo administrativo pelo SBDC, servindo, assim, de sanção premial. Por outro lado, a não submissão deve ser considerada forte indício contra eventuais virtudes redentoras a serem levantadas para justificar o cartel e, não obstante, deve ensejar a cominação da multa por intempestividade de que trata o art. 54, § 5º da Lei Antitruste.

Com relação ao ônus probatório, indaga-se, então, até que ponto se deve provar a existência do cartel, haja vista que o paralelismo de conduta pode ser mesmo sintoma da concorrência perfeita. Delimitando o termo *concertação*, definimo-lo com o comportamento paralelo e intencional entre dois ou mais agentes. Do paralelismo intencional decorre a tipificação como ato de concentração, pois é do comportamento unidirecional que se estabelece o propósito único, como vetores em mesmo sentido, que se somam.

Como é pacífico em matéria de Direito do Consumidor, a inversão do ônus probatório ocorre em função da hipossuficiência do consumidor, que não se confunde com sua situação financeira. Trata-se de convencionar que as informações disponíveis ao consumidor são insuficientes para contrastar com o conhecimento técnico e operacional do empresário. Em matéria de cartel, o Estado chega a condição análoga à de hipossuficiência, encontrando-se, em virtude da salutar liberdade de reunião constitucionalmente assegurada, permanentemente de mãos atadas por não conseguir provar, cabalmente, a existência do comportamento concertado.

Se o Direito Penal – que há de ser, por razões óbvias, o mais restritivo em termos de admissibilidade de provas –, acolhe a condenação por prova indiciária, certo é que ao Direito Concorrencial não caiba outra alternativa senão admiti-la. Em consonância com a doutrina do paralelismo *plus*, acredito que a alternativa mais viável tenha-se mostrado comprovar que, ademais do (1) comportamento paralelo investigado (v.g., aumento de preços), haja (2) fortes indícios de que as partes teriam arquitetado referido comportamento (v.g., recente reunião en-

tre concorrentes). Finalmente, seria necessário provar que (3) não havia motivos plausíveis e legalmente amparados para que as partes adotassem o comportamento paralelo investigado.

Parece-me evidente que, mesmo com a admissão das provas indiciárias, a condenação dos cartéis permanece extremamente difícil – o que representa um claro ônus do Estado democrático de Direito. Maior abertura à prova indiciária e a própria sinalização aos agentes econômicos para que submetam ao SBDC acordos horizontais de natureza colaborativa, porém, parecem dois importantes instrumentos no combate aos cartéis ainda pouco explorados no sistema da concorrência.

## Referências

- BLACK, Henry Campbell. (1998). *Black's Law Dictionary*. 6th edition. ST. Paul, Minn.: West Group Publishing.
- DENARI, Zelmo. (1991). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- MARQUES, Cláudia Lima. (1998). *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. (1997). *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva.
- OLIVEIRA, José Carlos de. (1998). *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora de Direito.
- OLIVEIRA, Juarez de. (1991). *Comentários ao Código de proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. (2001). *Regulação da Atividade Econômica*. São Paulo: Malheiros Editores.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. (2002). *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. (2003). *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores.

Recebido em: 7 nov. 2005

Aceite em: 20 nov. 2006